

A Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle – A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista

Autor: Antônio Soares Silva Júnior

Advogado

Publicado na Edição 15 - 22.11.2006

Sumário: 1. Pressupostos de uma Nova Teoria de Interpretação Constitucional em uma sociedade pluralista. 2. A Derrocada do Modelo Lógico-dedutivo. 3. O Papel da Sociedade Aberta (Pluralista) no Processo Interpretativo. 4. O Problema da Legitimação da Interpretação Constitucional. 5. Resumo e Avaliação Crítica da Nova Hermenêutica de Peter Häberle e de seus parâmetros de validade. 6. Referências Bibliográficas.

1. Pressupostos de uma nova teoria de interpretação constitucional em uma sociedade pluralista

Delinear os principais aspectos da nova teoria da interpretação constitucional de maneira objetiva é o escopo do presente estudo, que analisará a tese defendida por Peter Häberle em sua obra “Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição” no tocante à realização de um método de interpretação constitucional que preveja a compreensão de todas as potências públicas, grupos sociais e cidadãos envolvidos ou que, de forma direta ou indireta, influenciem no labor interpretativo dos agentes formalmente legitimados para produzir a norma em abstrato e em concreto.

A tensão existente entre a realidade constitucional e a própria Constituição é base da teoria de Peter Häberle e é com o propósito de desvendar essa teoria que se propõe a leitura dos itens seguintes.

2. A derrocada do modelo lógico-dedutivo

Teorizar acerca de um novo método interpretativo exige o enfrentamento do modelo até então vigente e a demonstração de suas insuficiências em virtude da existência de novos paradigmas sociais. Nesse passo, Peter Häberle propõe o esgotamento do modelo lógico-dedutivo (método sistemático), assim como do monopólio interpretativo do Estado (monismo jurídico).

“A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra,

primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.”⁽¹⁾

É bem verdade que a nova hermenêutica compreende uma vertente valorativa, com nítida preferência por recorrer à Moral a fim de se alcançar a Justiça e, dessa forma, prescrever o encadeamento de valores capazes de socorrer o intérprete nas insuficiências da norma positiva, em que se ressaltam as obras de Chaïm Perelman e Robert Alexy. Porém, em razão do enfoque dado ao presente trabalho, procurar-se-á muito mais analisar a questão dos fatos e sujeitos que influenciam na realização da interpretação e na concretização da norma em uma sociedade pluralista do que procurar definir um conceito universal capaz de legitimar (através da moral e da retórica) a atividade interpretativa.

Adota-se, portanto, a outra vertente da nova hermenêutica com base na teoria de Peter Häberle, em que é acompanhado por Friedrich Müller e Castanheira Neves.

Apesar disso, devemos destacar a importante contribuição da primeira corrente (que mais aproxima o Direito da Moral) na derrocada do modelo lógico-dedutivo, imposto pelo positivismo clássico. Nesse sentido, vejamos a importante observação da professora Margarida Maria Lacombe Carmargo:

“O método sistemático, caracterizado pelo seu hermetismo, e que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e inseguranças causadas por um mundo de novos e variados valores, notadamente quando as atrocidades do nazismo, cometidas sob a proteção da lei, mostraram que a lei nem sempre é justa. Daí a atuação do Tribunal de Nuremberg, no imediato pós-guerra, ao decidir conforme os princípios gerais de moral universal.”⁽²⁾

Perceba-se que o conjunto de novos valores, em uma sociedade marcada por profundas disparidades de interesses, permitiu o surgimento de uma teoria constitucional que não mais se alicerçasse na estrita obediência à norma legitimamente criada pelo ente estatal, mas, ao contrário, buscasse, por meio de valores universais e “sentos comuns” trazidos pela tradição, o ponto de convergência capaz de trazer o consenso aos conflitos sociais, privilegiando o processo argumentativo (Nova Retórica).

Nesse contexto, em que o ato interpretativo é questionado pela sociedade pluralista que então emergia ansiando por espaço na legitimação das decisões (no âmbito político e judicial) e na concretização das normas jurídicas, surge a necessidade de

compreendermos a forma de participação desses novos agentes do processo hermenêutico.

3- O papel da sociedade aberta (pluralista) no processo interpretativo

A Sociedade Aberta definida por Häberle⁽³⁾ cumpre papel dúplice no novo método de interpretação constitucional. Ela tanto é objetivo como é criadora dessa interpretação, pois, ao mesmo tempo em que o método constitucional procura atender às expectativas dos grupos sociais (potências públicas) – e, por isso, é objetivo –, também sofre influência destes no processo criativo em que se constitui a interpretação constitucional, ou seja:

“A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”⁽⁴⁾

Constitui-se, portanto, em uma sociedade aberta aquela que compreende a participação, direta ou indireta, dos agentes sociais no processo hermenêutico, cabendo aos mesmos tanto a função de intérprete como a de destinatário.

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.”⁽⁵⁾

Rompe-se, dessa forma, com o monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo a participação não só dos tradicionais intérpretes da norma jurídica (juízes e políticos), mas também daqueles que atuam como co-intérpretes (experts, grupos singulares, organizações religiosas, imprensa, etc.), influenciando no processo criativo.

Conclui-se, portanto, que “a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’”⁽⁶⁾, mas advém de uma série de fatores sociais, provocados por todos aqueles grupos e indivíduos catalogados por Peter Häberle no capítulo II da obra em referência (catálogo sistemático), que influenciam tanto no momento da criação quanto no da concretização da norma jurídica.

4. O problema da legitimação da interpretação constitucional

A compreensão da questão relativa à legitimidade da interpretação constitucional em uma sociedade aberta pressupõe, segundo Häberle, a noção de interpretação em sentido lato, praticada pelos agentes sociais envolvidos no processo hermenêutico, e de uma interpretação em sentido estrito, que consiste na atividade consciente de interpretação praticada pelos agentes tradicionalmente legitimados a produzir o entendimento sobre a norma (juízes, parlamentares, etc.).

Isso não significa dizer que ambos os intérpretes (em sentido lato e estrito) participam da mesma forma do processo hermenêutico, pois é inequívoco que os juízes constitucionais dão a última palavra acerca da interpretação da norma. O que se pretende afirmar é, diversamente, que os juízes constitucionais não participam de forma isolada desse processo, sofrendo influências dos intérpretes latos de modo a colher as informações necessárias à obtenção de um resultado mais justo e razoável, ou seja:

“Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados. À medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminui. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidação dessas interpretações até que a Corte Constitucional defina qual ou quais são aceitáveis e adequadas para aquela matéria. (...) O aumento na participação produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima.”⁽⁷⁾

Cumprе ressaltar, ainda, que a legitimação a que se refere Häberle não se confunde com aquela teorizada por Luhmann na sua obra “Legitimação pelo procedimento”. Enquanto a primeira exige a participação qualitativa e de conteúdo dos intérpretes (em sentido lato e estrito) para se alcançar a legitimação da jurisdição constitucional, esta última, teorizada por Luhmann, prevê a conformação com o procedimento adequado e sujeitos legitimados para produzir uma verdadeira interpretação. Senão vejamos a observação do próprio Häberle:

“Também a ‘legitimação pelo procedimento’ no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante a participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da

participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um 'aprendizado' dos participantes, mas de um 'aprendizado' por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes." (8)

Cumpre abrir um parêntese para destacar peculiar observação promovida pelo professor Inocêncio Mártires Coelho acerca da teoria ora em análise. Segundo o prestigiado professor, a "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição" nada mais seria do que a constitucionalização dos fatores reais de poder, já anteriormente desenvolvidos por Lassalle na obra "Essência da Constituição". (9)

O fundamento desse processo de legitimação da interpretação constitucional, segundo Häberle, se alicerça em três pontos de vista: o da teoria do direito, da norma e da interpretação, o da teoria da Constituição e o da teoria da Democracia.

O primeiro ponto de vista compreende os intérpretes inseridos na realidade constitucional, constituindo-se em agentes legitimadores do processo de criação da norma realizado pelos intérpretes em sentido estrito. A legitimação se produz na medida em que os intérpretes em sentido lato fornecem subsídios à lei e, por isso, torna-a legítima.

Já em relação à teoria Constitucional, em que se concebe a Constituição já inserta no ordenamento vigente, esta se encontra em constante processo de legitimação social, haja vista que, em uma sociedade aberta, a Constituição deve obediência aos fatores sociais que determinam sua legitimação constantemente, adequando-se a ela para alcançar a plena efetividade.

A legitimação pelo prisma da teoria da Democracia pretende garantir, dentro da perspectiva pluralista da sociedade, os direitos fundamentais do "povo", sendo este concebido como "elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora do processo constitucional", (10) a fim de proporcionar-lhe a melhor forma de participação na interpretação da Constituição. Ou seja, somente através da garantia de direitos fundamentais do cidadão pode esse agente exercer livremente seu potencial interpretativo, em outras palavras:

"Nas democracias modernas, portanto, os cidadãos interpretam a Constituição e, por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade, tais como a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo; a liberdade de opinião; e a constitucionalização da sociedade." (10)

A opinião de Häberle, contudo, não encontra uníssono na doutrina acerca da matéria, principalmente em autores como Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional) e Canotilho (Constituição dirigente e vinculação do legislador), que afirmam que a teoria da legitimação da Constituição por ente externo e não formalmente considerado provoca um enfraquecimento do processo legislativo em detrimento de uma interpretação que muito dificilmente alcançará o consenso por exigir uma base social estável, pressupostos institucionais firmes e uma cultura política bastante desenvolvida.

5. Resumo e avaliação crítica da nova hermenêutica de Peter Häberle e de seus parâmetros de validade

Vimos anteriormente que a tese proposta por Peter Häberle na obra ora comentada, faz parte de um conjunto de teses desenvolvidas com o intuito de instituir uma nova ordem no processo hermenêutico que fizesse frente às críticas até então existentes do modelo lógico-dedutivo, presença marcante do positivismo clássico.

Vimos, ainda, que o presente trabalho tem como objetivo não apenas descrever a obra de Peter Häberle, mas sim, e principalmente, analisar as questões por ele enfrentadas à luz dos comentários da doutrina acerca da teorização de uma “sociedade aberta” capaz de, ao mesmo tempo, legitimar a criação da norma e, da mesma forma, legitimar a interpretação adotada pelos intérpretes estatais (intérpretes em sentido estrito) por meio de mecanismos de influência direta ou indireta no processo hermenêutico.

A compreensão do tema exigiu a análise tanto das críticas quanto dos elogios à imprescindível obra de Peter Häberle. Porém, ressaltou-se do estudo a originalidade controversa da teoria – o que, em hipótese alguma, afasta a importância da teoria ao fim a que se propõe, qual seja: reaproximar a Constituição da realidade em que se insere –, pois restou clara a fonte epistemológica de seu estudo.

Houve, inequivocamente, uma associação das teorias de Karl Popper e sua “sociedade aberta” crítica e racional com a de Lassalle, que previu os fatores reais de poder e sua influência na tomada de decisões dos entes estatais.

Com relação à dificuldade de obtenção do consenso democrático, principalmente em uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais como a nossa, não podemos deixar de refletir acerca da real natureza da teoria hermenêutica proposta por Häberle. É bem verdade que existem dificuldades materiais para se utilizar de maneira coerente as diversas manifestações interpretativas que se originam do seio da sociedade, mas não se pode deixar de

proporcionar a participação de todas essas potências públicas no processo de interpretação Constitucional.

Perceba-se que não se pretende aqui o convencimento de todos acerca da solução mais justa ao caso concreto, mas sim a possibilidade de aferição, por parte do profissional envolvido com o labor hermenêutico, de todas as opiniões e pontos de discussão presentes na sociedade antes de formar seu convencimento.

Até este momento, não há a preocupação de argumentar para o convencimento do auditório universal, tarefa esta destinada à Nova Retórica e à Teoria da Argumentação (Chaïm Perelman em Nova Retórica), mas sim de problematizar as questões jurídicas de forma a compreender no processo hermenêutico os diversos fatores e valores presentes na sociedade aberta.

A teoria haberliana, portanto, atende aos anseios sociais de participação popular no processo de legitimação da norma, garantindo, ainda, a incolumidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Referências bibliográficas

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Brasil, 2006. disponível em: Acesso em: 02 abr 2006

COELHO, Inocência Mártires. Honrad Hesse/Meter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, nº 138, 1998, p. 186 in AMARAL, Rafael Caiado.

Notas:

1. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 12.

2. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139/140.

3. Cumpre ressaltar que a primeira definição de Sociedade Aberta, segundo os moldes adotados por Peter Häberle, encontra-se na obra de Karl Popper e constituía-se na sociedade baseada na razão crítica humana.

4. HÄBERLE, Peter. *Op. Cit*, p. 13.

5. *Idem*, p. 15.

6. *Ibidem*, p. 23.

7. AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Brasil, 2006. disponível em Acesso em: 02 abr 2006.

8. HÄBERLE, Peter. *Ob. Cit.*, p. 31/32.

9. COELHO, Inocência Mártires. Honrad Hesse/Meter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, nº 138, 1998, p. 186. in AMARAL, Rafael Caiado. *Op. Cit*.

10. HÄBERLE, Peter, *Ob. Cit.*, p. 37.

11. AMARAL, Rafael Caiado. *Ob. Cit.*.

Referência bibliográfica: (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):
<script language